



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

Registro: 2017.0000704903

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 2047494-31.2017.8.26.0000, da Comarca de Aparecida, em que é agravante CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA, é agravado NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

**ACORDAM**, em 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores CESAR CIAMPOLINI (Presidente) e CARLOS DIAS MOTTA.

São Paulo, 13 de setembro de 2017

**HAMID BDINE**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

Voto n. 16.567 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.

AI n. 2047494-31.2017.8.26.0000.

Comarca: Aparecida.

Agravante: CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA.

Agravado: NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

Juíza: Rita de Cássia Spazini de Souza Lemos.

Agravo de instrumento. Ação de falência fundada na impontualidade. Instrumento de protesto. Existência de vícios formal. Súmulas 361 STJ e 52 TJSP. Necessidade de identificação pessoal do recebedor do protesto. Inexistência no caso. Decreto de falência afastado. Recurso provido.

Trata-se de agravo de instrumento tirado contra decisão de fs. 53/61 que decretou a falência da agravante, sob o fundamento que estão presentes os requisitos do art. 94, I da Lei n. 11.101/2005.

O agravante, preliminarmente, suscitou o cerceamento de defesa, pois não foi deferida a prova pericial contábil, que demonstraria as práticas ilegais da agravada e a nulidade do título executivo.

No mérito, alegou que a impontualidade foi descaracterizada com a proposta de acordo e que a suspensão do processo implica em moratória. Afirmou não foram juntados documentos essenciais e que a ausência de protesto específico impede a falência, além de não ter recebido a notificação do protesto. Aduziu que a nota promissória que embasa o pedido de falência é nula e que houve descaracterização do contrato de *factoring*.

Acrescentou há cobrança de juros abusivos, (ii)



ausência de informação de taxa de deságio utilizada; cobrança de taxa de deságio acima da média de mercado; cobrança de Tarifa de Abertura de Crédito, IOF e outras rubricas em divórcio a legislação vigente e sem previsão contratual, e que os juros foram calculados de forma capitalizada. Aduziu que o pedido falimentar é utilizado para coagi-la. Requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso.

A liminar foi deferida (fs. 761/765).

A D. Procuradoria opinou pelo provimento do recurso (fs. 787/789).

Recurso regularmente processado, com contraminuta (fs. 769/782).

### É o relatório.

O recurso merece provimento.

O pedido de falência da apelada foi postulado com fundamento no art. 94, I, da Lei n. 11.101/05, em razão da impontualidade no pagamento de débito representado nota promissória de fs. 92, no importe de R\$ 82.350,00.

Sobre o tema, **Fábio Ulhoa Coelho** esclarece que:

“Para que se encontre caracterizado o comportamento descrito pelo art. 94, I, da LF, e, portanto, seja cabível a instauração da execução concursal por falência, é necessário que o empresário devedor tenha sido impontual, sem





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

relevante razão jurídica, no cumprimento da obrigação documentada em título executivo. A impontualidade, ademais, deverá ser provada necessariamente pelo protesto, cambial ou especial, do título” (**Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas, Saraiva, 2005, p. 256-257**).

O §3º do art. 94 da Lei n. 11.101/2005 dispõe expressamente que o pedido de falência será instruído com títulos executivo acompanhados, em qualquer caso, dos respectivos instrumentos de protesto.

Ao contrário do alegado em razões recursais, é desnecessário o protesto especial para fins falimentares dos títulos de crédito, conforme entendimento consolidado pela Súmula 41 do TJSP: “O protesto comum dispensa o especial para o requerimento de falência”.

Entretanto, não é possível dispensar que a notificação do protesto seja recebida por pessoa identificadas, em nome da devedora.

O instrumento de protesto de fs. 93 consta apenas a certidão de que “o responsável foi intimado no endereço indicado”. Sem a indicação da pessoa específica que recebeu a intimação, não é possível decretar a falência da agravante, considerando a impugnação apresentada quanto à notificação (fs. 19/20).

Está presente, portanto, violação às **Súmulas 361 do STJ** (“A notificação do protesto, para requerimento de falência de empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo



recebeu.”) e **52 do TJSP** (“Para a validade do protesto basta a entrega da notificação no estabelecimento do devedor e sua recepção por pessoa identificada.”).

O instrumento de protesto, reconhecido pelo Tabelião dotado de fê pública, não identifica o recebedor da notificação e não ilide a irregularidade

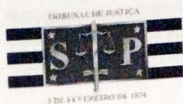
No sentido da necessidade de clara identificação:

“**FALÊNCIA.** Pedido fundado em impontualidade no pagamento de duplicatas. Protesto comum que é suficiente para este fim (Súmula nº 41/TJSP). Subscritor das notificações que foi identificado, sendo dispensável que se trate de representante legal da devedora (Súmulas nº 361/STJ e 52/TJSP). Tabelião de protesto que reconheceu a intimação. Fê pública, ademais, que reforça a regularidade do ato. Sentença de procedência que reconheceu o pagamento da dívida. Recurso desprovido.” (Ap. n. **1017789-97.2014.8.26.0068**, rel. **Des. Teixeira Leite, j. 24.2.2016**).

A agravada, como pessoa jurídica interessada na procedência do pedido falimentar, deveria diligenciar para demonstrar que a agravante foi regularmente notificada. Não constando tal informação nos autos, não é possível decretar a falência da agravante na espécie.

Tendo em vista a inversão do julgamento, a agravada deve arcar com o pagamento das custas e despesas processuais, bem como com os honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85





TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

§2º do CPC/15.

Diante do exposto, **DÁ-SE** provimento ao recurso.

Hamid Bdine

Relator





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1154  
L

Registro: 2018.0000529998

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2047494-31.2017.8.26.0000/50000, da Comarca de Aparecida, em que é embargante NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA, é embargado CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos, com efeitos infringentes, e Negaram provimento ao agravo, por VU.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 20 de julho de 2018.

**Hamid Bdine**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica



**Voto n. 18.945 - 1ª Câmara Reservada de Direito  
Empresarial.**

**ED n. 2047494-31.2017.8.26.0000.50000.**

**Comarca: São Paulo.**

**Embargante: NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA.**

**Embargada: CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO  
LTDA.**

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DE FALÊNCIA  
FUNDADA EM IMPONTUALIDADE INJUSTIFICADA (Art.  
94, I, da Lei n. 11.101/05).**

**OMISSÃO.** Existência de documento que comprova a identificação do recebedor. Embargos acolhidos. Suprimento do vício que enseja o exame das demais teses suscitadas no agravo de instrumento. **PROTESTO DE NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA A CONTRATO DE FOMENTO EMPRESARIAL CONVENCIONAL (Conventional Factoring).** Preliminar. **CERCEAMENTO DE DEFESA.** Alegação consubstanciada no indeferimento do pedido de perícia para demonstrar a existência de cobranças abusivas, embutidas no cálculo do fator. Rejeição. Impertinência da prova técnica, uma vez que eventual abusividade não teria o condão de tornar ilíquida a obrigação estampada no título protestado. Hipótese, ademais, em que o valor incontroverso do débito supera quarenta salários mínimos. Aplicação do §2º do art. 96 da LREF. Mérito. Ausência de moratória. Validade do título que instruiu o pedido de falência, uma vez que a nota promissória foi emitida em garantia futura da existência do crédito (*pro soluto*) e os títulos cedidos na operação eram desprovidos de lastro, autorizando-se o direito de regresso pela faturizadora. Decisão de mantida. Recurso improvido.

Trata-se de embargos de declaração opostos pela agravada contra o acórdão de fs. 791/796, sob o fundamento de que o julgado é omissivo ao deixar de se pronunciar quanto ao documento de fs. 695/697, no qual está identificado o recebedor do protesto.

A embargante sustenta que o suprimento da





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

omissão afasta o próprio fundamento do acórdão, implicando em efeitos modificativos para manter a decisão que decretou a quebra da empresa embargada.

A D. Procuradoria de Justiça opinou pelo acolhimento dos embargos, com efeitos modificativos, por considerar que houve omissão em relação ao documento do qual consta a identificação do recebedor e que o afastamento desse vício, tido como pressuposto, altera a conclusão do julgado fazendo prevalecer a quebra (fs. 19/22).

**É o relatório.**

Segundo o artigo 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, só são cabíveis embargos de declaração quando existir obscuridade, contradição ou erro material na sentença ou no acórdão, ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Juiz ou Tribunal.

Conforme a lição de **Humberto Theodoro Júnior**, a substância do julgado deverá ser mantida, visto que os embargos de declaração não visam à reforma do acordão, ou da sentença. Evidentemente, cabem alterações, principalmente quando se tiver de eliminar omissão ou contradição, que não deverão ir além do estritamente necessário para sanar tais questões (**Curso de Direito Processual Civil – Volume III, 47<sup>a</sup> ed, Forense, 2015, p. 1.060**).

A omissão alegada deve ser reconhecida.



Tem razão a embargante quando afirma que não houve pronunciamento quanto ao documento de fs. 695/697, o qual faz prova da identificação do recebedor do protesto e, portanto, afasta o fundamento pelo qual havia sido dado provimento ao recurso da embargada.

Os argumentos contrapostos pela embargada não merecem acolhida, uma vez que o só fato de o AR que identifica o recebedor não ter instruído a petição inicial não implica carência da ação. É que apesar de ser elemento imprescindível à instrução do pedido de falência (**Súmula n. 361 do STJ**), nada obsta a juntada posterior.

Mesmo que a irregularidade na petição inicial seja constatada após a citação da parte contrária ou em fase mais adiantada do processo, o princípio da primazia da decisão do mérito orienta que seja oportunizada a emenda, regularização ou complementação da petição inicial, inclusive porque assim também é a dicção do art. 317 do CPC (**Leonardo Carneiro da Cunha, Comentários ao código de processo civil, Coord. Angélica Arruda Alvim et. al., Saraiva, 2016, p. 424**).

Assim também já era o entendimento do STJ sob a vigência do CPC/73: **AgRg no AgRg no REsp 628463/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 27.2.2007**.

E quanto à alegação de que não teve oportunidade de se manifestar a respeito do documento, observa-se que o agravo foi instruído com a respectiva cópia e a





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1158  
R

embargada não teceu qualquer comentário, nem sobre o suposto cerceamento ao contraditório e nem para exercê-lo em grau recursal.

No mais, em relação à alegação genérica de que o receptor não integra o seu quadro social, recorda-se que este E. Tribunal já pacificou o entendimento de que a súmula do STJ não exige que a notificação seja entregue ao empresário protestado, bastando a identificação da pessoa que a recebeu no estabelecimento do devedor (**Súmula n. 52 do TJSP**).

Para que o acolhimento dos embargos produza efeitos modificativos, contudo, é necessário analisar as demais teses suscitadas no agravo de instrumento, quais sejam: cerceamento de defesa e, no mérito, configuração da moratória, nulidade da nota promissória e abusividade da cobrança.

Para evitar a oposição de novos embargos, esclarece-se, desde já, que a tese de imprescindibilidade do protesto específico para fins falimentares já havia sido oportunamente analisada e rejeitada, com base na **Súmula n. 41 do TJSP**.

A preliminar de cerceamento de defesa, consubstanciada no indeferimento da prova pericial contábil, não merece acolhida.

Com efeito, é incontroverso que as partes celebraram contrato de fomento mercantil convencional, tendo por objeto a compra de crédito oriundo das operações mercantis

original assinado digitalmente por HAMID CHARAF BDINE JUNIOR, liberado nos autos em 18/10/2018 às 12:01.



da embargada e/ou prestação de serviços convencionais, consistente na seleção e avaliação de riscos, acompanhados das contas a receber e a pagar, análise de crédito e risco, cobrança de créditos (fs. 74/83).

**Fábio Ulhoa Coelho** explica que existem duas modalidades de fomento mercantil. “De um lado, o *conventional factoring*, em que a faturizadora garante o pagamento das faturas antecipando o seu valor ao faturizado. Essa primeira modalidade compreende três elementos: serviços de administração do crédito, seguro e financiamento. De outro lado, o *maturity factoring*, no qual a faturizadora paga o valor das faturas ao faturizado apenas no vencimento, modalidade em que estão presentes a prestação de serviços de administração do crédito e o seguro, mas ausente o financiamento” (**Curso de direito comercial, Vol. 3, Saraiva, 2012, Ebook**).

A embargada sustenta a imprescindibilidade da prova técnica para demonstrar a ilegalidade da cobrança, decorrente da inclusão no cálculo do “fator” de TAC, IOF em desconformidade com o Decreto n. 6.306/07, deságio superior ao Fator Médio de mercado para o período, capitalização de juros na conta gráfica e incidência de juros superiores a 12% ao ano.

Os argumentos, porém, não convencem da abusividade afirmada.

É que apesar de vinculada ao aditivo do contrato de *factoring*, a nota promissória foi emitida como garantia futura



da existência de crédito da faturizada em relação a um terceiro, de modo que o valor nela estampado representa justamente esse crédito (fs. 92), sem incluir qualquer encargo que é próprio da relação jurídica estabelecida entre as partes.

Basta ver que o valor constante do instrumento de protesto, R\$ 82.350 (fs. 696), corresponde à soma do valor de face das duplicatas emitidas pela faturizada e cedidas à embargante (fs. 86/89), apresentando, inclusive, mesma data de vencimento (15 de agosto de 2013).

O aditivo de fs. 84 revela que as duplicatas simuladas no valor de R\$ 82.350,00 foram adquiridas por R\$ 74.770,00 trinta dias antes de seu vencimento.

O fator foi estabelecido em R\$ 5.064,53 e a comissão de prestação de serviços em R\$ 844,50. O IOF também foi indicado no aditivo – R\$404,68 e, porque recolhido pela embargante, é insuscetível de questionamento relevante.

A respeito da prestação de serviços, veja-se que a cobrança é legítima, pois, como ensina **Luiz Lemos Leite**, é elemento que integra o custo do fator como custo operacional (**Factoring no Brasil, Atlas, 2007, p. 284**).

Os valores, portanto, foram indicados com precisão no aditivo celebrado livremente pelas partes.

A leitura da afirmação de fs. 159 do laudo pericial trazido aos autos pela agravante, ora embargada, não se



sustenta para os fins a que se destina.

Ora, não há que se confundir o fator cobrado na operação – uma única vez – com índices mensais apontados pelo perito.

Do contrato celebrado entre as partes só consta uma única cobrança de R\$ 5.064,53, sem menção a cobranças mensais.

Essa a evidência de que não houve cobrança de juros extorsivos – pela simples razão que tal quantia não se repetiria, como se repetem os juros em regra, mensalmente.

E mesmo que esses encargos tivessem de ser considerados para o exame da liquidez, ainda assim não se chegaria a conclusão diversa, pois a própria embargada declarou que a aplicação do fator pelo índice médio divulgado pela ANFAC, “representaria uma diferença a menor de R\$ 49.372,98” (fs. 31).

Considerando-se que o total da dívida representada pela nota promissória era de R\$ 82.350,00, mesmo que se descontasse a parcela referente aos encargos abusivos, chegar-se ia ao montante incontroverso, líquido, de R\$ 33.934,58, logo superior a quarenta salários mínimos na data do pedido de falência.

Aplica-se aqui o disposto no §2º do art. 96 da Lei n. 11.101/05, segundo o qual as defesas do devedor não obstam





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

a decretação da falência se, ao final, restarem obrigações não atingidas pelas defesas em montante que supere aquele limite.

Assim, sem prejuízo da apuração e compensação de eventual cobrança abusiva nos autos da ação falimentar, não serve o fato para, por si só, tornar ilíquida a obrigação constante do título e impedir o decreto da quebra.

Superada a preliminar, cujos fundamentos já servem à improcedência da alegação de ausência de título executivo, passa-se a apreciar as demais teses de mérito.

A começar que não há que se falar em moratória, pelo só fato de ter sido suspenso o processo para tentativa de acordo, uma vez que o pedido partiu da própria embargada, ao final da audiência de conciliação, e mesmo que a embargante tenha anuído a proposta foi recusada.

Logo, não se pode considerar que tenha havido a suspensão da dívida, descaracterizando-se a impontualidade, mas tão somente a suspensão do andamento processual.

Nesse sentido:

“FALÊNCIA. Preliminares rejeitadas. Decisão mantida. Moratória. Inocorrência. O requerimento conjunto de suspensão do processo afasta a aplicação do inciso V do art. 96 da LFR, porque evidente que a intenção das partes era tão somente de suspender o andamento do processo, sem que isso implicasse a suspensão da dívida. Liqueidez, exigibilidade e



certeza do título. Nota promissória, originada em contrato de factoring, é apta a amparar o pedido de falência. Reconhecimento, pela faturizada, de que entregou à faturizadora títulos viciados (duplicadas simuladas). Cláusula de recompra. Prova oral. Descabimento. Art. 400, 2ª parte, II do CPC. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Recurso desprovido". (AI n. 0034447-97.2012.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 31.7.2012)

"Agravado de Instrumento - Falência. Proposta para pagamento parcelado do débito Pedido de prazo para análise - Suspensão do processo que não representa suspensão da dívida. Moratória não caracterizada. Impontualidade que permanece. Recurso não provido" (AI n. 2183487-51.2014.8.26.0000, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, j. 26.1.2015).

Por fim, não prospera a alegação de nulidade da nota promissória fundada no fato de ter sido emitida para garantia do adimplemento das duplicatas cedidas à faturizadora.

Se assim fosse, seria mesmo hipótese de nulidade, uma vez que a emissão da cambial para garantia do adimplemento dos títulos cedidos desnatura a operação de fomento, cujo fator já é calculado considerando-se o risco da insolvência.

Como explica o **E. Des. Ricardo Negrão**, no contrato de *factoring* os riscos pertencem ao fomentador, não podendo terceiro ou empresa fomentada assumirem os riscos e prejuízos dos títulos negociados. Em outras palavras:



1162  
2



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

“O fomentado responde perante a empresa de factoring pela existência do crédito e não por sua solvência. A fomentadora não desconta títulos de seus clientes porque se assim agisse operaria contrato de desconto, privativo de instituição financeira; realiza, isto sim, gestão de crédito e seleção de riscos, entre outras atividades” (Ap n. 1005839-77.2015.8.26.0320, j. 25.9.2017)

No caso, porém, houve a emissão de nota promissória como garantia futura da existência do crédito representado pelas duplicatas cedidas à embargante, configurando-se como cessão de crédito *pro soluto*.

Frise-se que o protesto só foi realizado em data posterior à comunicação pelo sacado de que as mercadorias discriminadas na nota fiscal não haviam sido entregues (fs. 90), demonstrando, assim, que se tratavam de duplicatas sem lastro ou “frias”.

É o que basta para revelar o direito de regresso da embargante e a exigibilidade da nota emitida em garantia, a qual adquiriu liquidez por ser acompanhada do aditivo ao contrato de factoring (fs. 74/84), com as duplicatas cedidas (fs. 87/89) e a respectiva nota fiscal (fs. 86), além do recibo de pagamento da importância devida à embargada pelos títulos (fs. 85).

Em situação semelhante, o E. Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

“DIREITO CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO

Este documento é cópia do original, assinado digitalmente por HAMID CHARAF BDINE JUNIOR, liberado nos autos em 18/10/2018 às 12:01





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DE FACTORING. CESSÃO DE CRÉDITO PRO SOLUTO. ARTS. 295 E 296 DO CÓDIGO CIVIL. GARANTIA DA EXISTÊNCIA DO CRÉDITO CEDIDO. DIREITO DE REGRESSO DA FACTORING RECONHECIDO.

1. Em regra, a empresa de factoring não tem direito de regresso contra a faturizada - com base no inadimplemento dos títulos transferidos - , haja vista que esse risco é da essência do contrato de factoring. Essa impossibilidade de regresso decorre do fato de que a faturizada não garante a solvência do título, o qual, muito pelo contrário, é garantido exatamente pela empresa de factoring.

2. Essa característica, todavia, não afasta a responsabilidade da cedente em relação à existência do crédito, pois tal garantia é própria da cessão de crédito comum - pro soluto. É por isso que a doutrina, de forma uníssona, afirma que no contrato de factoring e na cessão de crédito ordinária, a faturizada/cedente não garante a solvência do crédito, mas a sua existência sim. Nesse passo, o direito de regresso da factoring contra a faturizada deve ser reconhecido quando estiver em questão não um mero inadimplemento, mas a própria existência do crédito.

3. No caso, da moldura fática incontroversa nos autos, fica claro que as duplicatas que ensejaram o processo executivo são desprovidas de causa - "frias" -, e tal circunstância consubstancia vício de existência dos créditos cedidos - e não mero inadimplemento -, o que gera a responsabilidade regressiva da cedente perante a cessionária.

4. Recurso especial provido.

**(REsp 1289995/PE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 20.2.2014)**

Reconhecida a validade do título levado a protesto, bem como a liquidez e o vencimento da obrigação, impõe-se a manutenção do decreto de falência da empresa





PODER JUDICIÁRIO  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

embargada.

Diante do exposto, **ACOLHEM-SE** os embargos, com efeitos infringentes, e **NEGA-SE** provimento ao agravo.

Hamid Bdine

Relator





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2018.0000728091

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração nº 2047494-31.2017.8.26.0000/50001, da Comarca de Aparecida, em que é embargante CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA, é embargado NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram em parte os embargos, sem efeitos infringentes, p or VU.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALEXANDRE LAZZARINI (Presidente) e CESAR CIAMPOLINI.

São Paulo, 19 de setembro de 2018.

**Hamid Bdine**  
**Relator**  
Assinatura Eletrônica



Voto n. 19.842 - 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial.  
ED. n.: 2047494-31.2017.8.26.0000/50001.  
Embargante: CANA BRAVA TRANSPORTE E COMÉRCIO LTDA.  
Embargado: NEW TRADE FOMENTO MERCANTIL LTDA.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Requisitos do art. 1.022 do CPC. Alegação de contradição e erro material não acolhida. Alegação de omissão que, diferentemente, deve ser acolhida, porém limitada à alegação no agravo de que o processo de falência foi utilizado como meio de coação. Suprimento que não produz efeitos modificativos, tendo em vista a incidência das Súmulas 42 e 43 deste Tribunal. Embargos acolhidos em parte, sem efeitos infringentes.

Trata-se de embargos de declaração opostos contra o v. acórdão de fs. 23/35, sob fundamento de omissão no tocante à ausência de oportunidade para se manifestar sobre o instrumento de protesto e quanto à efetiva identificação do recebedor, bem como em relação ao argumento de utilização do processo de falência como meio de coação e no tocante à existência de uma conta gráfica na qual houve a incidência de juros sobre saldo anterior que já continha juros.

Alega, ainda, a existência de erro material em relação ao resultado da diferença entre o valor da nota promissória e o apontado como indevido no laudo de auditoria.

Por fim, aponta a existência de contradição entre a afirmação inicial de inexistência de cobrança abusiva e a ressalva posterior quanto à possibilidade de apuração dessa circunstância nos autos da ação falimentar, requerendo que seja esclarecida a questão da liquidez do título na data da propositura da demanda.



Pugnou pelo recebimento dos embargos com o fim de pré-questionamento da matéria.

**É o relatório.**

Segundo o artigo 1.022, incisos I, II e III, do Código de Processo Civil, só são cabíveis embargos de declaração quando existir obscuridade, contradição ou erro material na sentença ou no acórdão, ou quando for omitido ponto sobre o qual devia pronunciarse o Juiz ou Tribunal.

No caso, apenas se vislumbra a existência de omissão e, ainda assim, restrita à alegação de utilização indevida da ação de falência como forma de coação.

Este E. Tribunal já sedimentou o entendimento de que a viabilidade de execução singular não obsta o ajuizamento do pedido de falência (**Súmula n. 42**) e que, diante da prova da impontualidade, sequer é “exigível a demonstração da insolvência do devedor” (**Súmula n. 43**).

Isso porque a insolvência de que trata o art. 94 da Lei de Falência não está vinculada ao estado econômico da empresa, mas à simples incidência de uma das hipóteses que dá ensejo à quebra, como ensina **Fábio Ulhoa Coelho**:

“Para fins de decretação da falência, o pressuposto da insolvência não se descaracteriza por um determinado estado patrimonial, mas pela ocorrência de um dos fatos previstos em lei como ensejadores da



quebra.

Especificamente, se o empresário for, sem justificativa, impontual no cumprimento de obrigação líquida (inciso I do dispositivo comentado), se incorrer em tríplex omissão (inciso II) ou se praticar ato de falência (inciso III), cumpre-se o pressuposto da insolvência jurídica” (**Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas, Saraiva, 2005, p. 254**).

Assim, é o caso de acolhimento dos embargos para suprimento da omissão, porém sem efeitos infringentes.

Por outro lado, não prospera a alegação de omissão no tocante à efetiva identificação do recebedor do aviso de protesto e, mais especificamente, quanto ao fato de que não possuiu qualquer funcionário na empresa com o nome indicado, e à alegação de que não teve oportunidade de se manifestar sobre o referido documento.

Isso porque a questão já foi esclarecida a fs.

26/27:

“E quanto à alegação de que não teve oportunidade de se manifestar a respeito do documento, observa-se que o agravo foi instruído com a respectiva cópia e a embargada não teceu qualquer comentário, nem sobre o suposto cerceamento ao contraditório e nem para exercê-lo em grau recursal.

No mais, em relação à alegação genérica de que o recebedor não integra o seu quadro social, recorda-se que este E. Tribunal já pacificou o entendimento de que a súmula do STJ não exige que a notificação seja entregue ao empresário protestado, bastando a identificação da pessoa que a recebeu no estabelecimento do devedor (**Súmula n. 52 do TJSP**).”



A alegação de omissão no tocante à existência de uma conta gráfica entre as partes, onde havia incidência de juros sobre o saldo anterior que já continha juros e contradição também não merece prosperar.

Isso porque toda a discussão quanto à ilegalidade ou abusividade da cobrança e consequente iliquidez do título protestado estava vinculada ao fator, que como constou expressamente do acórdão (fs. 30), é cobrado na operação uma única vez, não podendo ser confundido com os índices mensais apontados pelo perito.

Além disso, o valor estampado na nota promissória não correspondia ao do contrato de *factoring*, e sim ao crédito que a embargante afirmava possuir em relação a terceiros. Tanto é que o valor indicado no instrumento de protesto corresponde à soma do valor de face dos títulos cedidos, o que era plenamente justificado, uma vez que desprovidos de lastro ("frios").

Essa dissociação entre a cobrança do fator e o título que instruiu o presente pedido de falência está expressa a fs. 29 e é o que bastava para revelar a liquidez do título e consequente impertinência da discussão quanto aos juros na conta gráfica.

Daí que a ressalva quanto à possibilidade de apuração de eventual cobrança abusiva por parte da faturizadora não configura contradição, eis que restrita a aspectos não relacionados com o título em questão.

Por fim, não se acolhe a alegação de erro material referente ao resultado que se obteria com a exclusão dos encargos





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

1168  
P

tidos como abusivos pela embargante, porque o fundamento do acórdão era de que, ainda assim, se chegaria a um montante líquido superior a 40 salários mínimos e a correção sugerida pela embargante de todo modo supera esse patamar.

Recorda-se, no ponto, que objeto desta ação era restrito à análise dos pressupostos ou condições para a decretação da quebra com base no art. 94, I, da Lei 11.101/05 e estes foram devidamente identificados no acórdão.

No mais, fica prequestionada toda a matéria constitucional e infraconstitucional discutida nos autos.

Registre-se, por oportuno, que a oposição de novos embargos de declaração com intuito protelatório, ensejará a aplicação da penalidade prevista no artigo 1.026, §2º, CPC/15.

Diante do exposto, **ACOLHEM-SE EM PARTE** os embargos, sem efeitos infringentes.

Hamid Bdine  
Relator

Documento é cópia do original, assinado digitalmente por HAMID CHARAF BDINE JUNIOR, liberado nos autos em 18/10/2018 às 12:01.



*Superior Tribunal de Justiça*

AREsp (201902142857)

**CERTIDÃO**

Certifico que o processo de número 20474943120178260000 do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CONSELHEIRO FURTADO foi protocolado sob o número 2019/0214285-7.

Brasília, 24 de julho de 2019

COORDENADORIA DE RECEBIMENTO, CONTROLE E  
AUTUAÇÃO DE PROCESSOS RECURSAIS